

WYROK

z dnia 27 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2022 r. przez odwołującego – STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania.

- 2.2. Zasądza od odwołującego – STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie na rzecz zamawiającego – Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Białymstoku kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na *„budowę budynku Kliniki Chorób Zakaźnych i Hepatologii oraz Kliniki Chorób Zakaźnych i Neuroinfekcji”*.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 listopada 2022 r. pod nr 2022/S 213-609442.

W dniu 5 grudnia 2022 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, zwany dalej „Odwołującym” lub „wykonawcą STRABAG”, wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami prawa czynność Zamawiającego polegającą na dodaniu do projektowanych postanowień umowy w wyniku modyfikacji z dnia 23 listopada 2022 r. treści § 15A wzoru umowy, która narusza przepisy ustawy PZP oraz przepisy Kodeksu cywilnego (dalej jako „k.c.”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 58 § 1 i § 2 k.c. i art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez sformułowanie § 15A wzoru umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem przepisów ustawy PZP zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane została zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy.

W konsekwencji tak sformułowanego zarzutu Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności polegającej na zmianie załącznika do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”) zawierającego § 15A Projektowanych postanowień umowy poprzez nadanie im treści zgodnej z przepisami i zasadami prawa, aby umożliwić realną waloryzację wynagrodzenia w warunkach rynkowych mając na uwadze zarówno wskaźnik wyjściowy, tj. odpowiedni poziom wskaźnika cen produkcji budowlano – montażowych publikowany przez Prezesa GUS oraz sposób liczenia i czasookresy waloryzacyjne. Według Odwołującego krytycznymi punktami, które trzeba zmienić w celu urealnienia waloryzacji są:

- 1) § 15A ust. 1 pkt a) – w jakim wskaźnik cen produkcji budowlano – montażowych publikowany przez Prezesa GUS nie powinien przekraczać 5 %,
- 2) § 15A ust. 1 pkt a) – okres porównawczy powinien dotyczyć momentu złożenia oferty a nie cen z poprzedniego roku co oznacza, że wskaźnik z pkt 1 powinien być obliczony jako różnica wysokości wskaźnika GUS z dnia wniosku o zmianę wynagrodzenia względem poziomu cen notowanego przez GUS na moment złożenia oferty,
- 3) § 15A ust. 1 pkt b) – ocena podstaw do dalszych zmian wynagrodzenia na podstawie klauzuli waloryzacyjnej winna być dokonywana w ujęciu miesiąc do miesiąca po osiągnięciu progu, o którym mowa w § 15A ust. 1 pkt a), a nie po upływie odpowiednio kolejnych 12 miesięcy.

W opinii Odwołującego opisane powyżej krytyczne punkty wymagają dalszych zmian klauzuli waloryzacyjnej, w tym wzoru sposobu liczenia, w celu zapewnienia zgodności z prawem klauzuli waloryzacyjnej zaproponowanej przez Zamawiającego.

Ponadto Odwołujący wskazał, że w dniu 30 listopada 2022 r. na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych pojawiły się nowe przykładowe i rekomendowane wzory waloryzacyjne dla umów z sektora budownictwa stanowiące zbiór doświadczeń dotychczasowych dużych podmiotów, organów administracji i organizacji pozarządowych. W związku z tym, że Krajowa Izba Odwoławcza nie może nakazać w wyroku wprowadzenia do wzoru umowy postanowienia określonej treści, natomiast to Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Odwołujący zaproponował Zamawiającemu przełożenie wzorcowych klauzul waloryzacyjnych na realia prowadzonego postępowania oraz nadanie brzmienia § 15A wzoru umowy w sposób opisany szczegółowo na str. 3-4 odwołania.

Uzasadniając zarzuty swojego odwołania Odwołujący podał, że zasady waloryzacji w § 15A wzoru umowy Zamawiający ustalił w sposób sprzeczny z celem wyrażonym w art. 439 ustawy PZP – waloryzacja jest pozorna i stanowi obejście przepisów nakazujących jej wprowadzenie i przeprowadzenie, gdyż w praktyce nie spełni swojej funkcji. Odwołujący wskazał, że przesłanki waloryzacji umownej uregulowane w art. 439 ustawy PZP stanowią prawne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, zachwianego przez określone zdarzenia mogące zaistnieć w trakcie jego wykonywania. Trwający ponad 12 miesięcy proces realizacji zamówienia publicznego, niejednokrotnie skomplikowany z uwagi na uwarunkowania techniczne i prawne, rodzi ryzyko, że rynkowe czynniki zewnętrzne będą istotnie oddziaływały na treść, wysokość i ostatecznie ekwiwalentność świadczeń uzgodnionych przez strony i spełnianych na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Klauzula waloryzacyjna w swoim założeniu ma takie negatywne dla stron umowy oddziaływanie zminimalizować, co w istocie jest w interesie obu stron umowy. Zadaniem waloryzacji umownej jest zatem urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego. Odwołujący podkreślił, że mechanizm urealnienia wynagrodzenia wykonawcy w zależności od okoliczności (tj. wzrostu lub spadku cen lub kosztów) dotyczy zarówno podwyższenia, jak i obniżenia wynagrodzenia, przez co zapewniona jest równość stron i prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych. Zdaniem Odwołującego zamówieniowe klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwowany jest znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Opisane powyżej przykładowe czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia oraz mogą znacząco ograniczać płynność finansową przedsiębiorstw, dlatego też niezmiernie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Odwołujący uważa, że precyzyjnie sformułowana klauzula waloryzacyjna, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, natomiast Zamawiającemu zapewni należyłą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego. Celem prawidłowo sformułowanej klauzuli waloryzacyjnej jest sprzyjanie zwiększeniu konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, odpowiedni rozkład ryzyk kontraktowych, sprzyjanie sprawnej realizacji inwestycji i adekwatność do sytuacji rynkowej z uwzględnieniem nie tylko aktualnych trendów rynkowych, ale też i przeszłych doświadczeń.

Wymogi, jakie powinna spełnić klauzula waloryzacyjna, określono w art. 439 ust. 2 ustawy PZP, jednakże w ocenie Odwołującego Zamawiający dokonując zmiany treści SWZ, nie wypełnił w pełni dyspozycji tego przepisu ustawy PZP. Określony przez Zamawiającego poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz sposób kalkulacji wynagrodzenia ustalono w całkowitym oderwaniu od realiów ekonomicznych panujących na rynku, co powoduje, że klauzula ma charakter pozorny i w konsekwencji nie pozwoli zwaloryzować wynagrodzenia w stosunku do przewidywanych zmian cen materiałów i usług. Odwołujący wskazał, że w § 15A ust. 1 lit. a) wzoru umowy Zamawiający przewidział poziom zmiany cen, od którego będzie uruchamiana waloryzacja na poziomie 18 % liczoną na podstawie wskaźnika cen produkcji budowlano – montażowych publikowanego przez Prezesa GUS w stosunku do cen z roku poprzedniego. Co więcej, wynagrodzenie ma być waloryzowane wyłącznie o wartość przewyższającą ten próg 18 % co oznacza, że wykonawca ma ponieść w całości ryzyko zmiany cen na rynku na poziomie 18 % na każdy rok realizacji zamówienia. Poza tym Odwołujący wskazał, że od początku prowadzonych przez GUS pomiarów wysokości cen produkcji budowlano-montażowej nie odnotowano aż tak wysokich odczytów, jakie są obecnie, co powoduje gwałtowny wzrost ryzyka związanego z realizacją umów o roboty budowlane. Odwołujący podkreślił też, że aktualna sytuacja jest bezprecedensowa, ponieważ wzrost cen notowany przez GUS (15,2 %) jest niemal dwukrotnie wyższy niż kiedykolwiek wcześniej, a mimo to jest niższy niż próg waloryzacyjny wprowadzony przez Zamawiającego. W jego ocenie w dalszym ciągu życie gospodarcze znajduje się w epicentrum zmian wywołanych pandemią i konfliktem zbrojnym na Ukrainie, więc sytuacja z biegiem czasu zacznie się stabilizować a nie zaostrzać, co oznacza, że obecna „górką cenowa” raczej opadnie niż osiągnie jeszcze wyższy poziom. Z tego względu uważa on, że kształtowanie klauzul waloryzacyjnych na podstawie historycznie wysokich odczytów w ostatnich miesiącach może być obarczone błędem, który polega na założeniu, że skoro w ostatnim roku doszło do tak gwałtownych i niespotykanych wzrostów cen robót budowlanych, to że taki stan należy uznać za normalny stan stosunków gospodarczych. Ponadto jego zdaniem klauzula waloryzacyjna, którą przewiduje Zamawiający, została tak sformułowana, że do dotychczas najwyższej w historii odnotowanego wskaźnika GUS dodano zapas w wysokości 3 %, co ma zapewnić, aby § 15A wzoru umowy dotyczący waloryzacji wynagrodzenia w praktyce w trakcie realizacji zamówienia nie mógł zostać nigdy zastosowany. Z kolei określony w § 15A ust. 1 wzoru umowy sposób kalkulacji zmiany wysokości wynagrodzenia pozostaje w całkowitym oderwaniu od notowanych przez GUS zmian cen na rynku, gdyż wskaźnik nie jest liczony kumulatywnie od dnia złożenia oferty a następujące po sobie 12-miesięczne okresy traktowane są niezależnie, co prowadzi do sytuacji, w której to

ceny reprezentowane przez wskaźnik GUS mogą wzrosnąć np. o ponad 60 % od dnia złożenia oferty, a wynagrodzenie i tak nie będzie podlegać waloryzacji.

Odwołujący zauważa, iż wskaźnik zmian ceny produkcji budowlano-montażowej ogłaszany przez GUS za każdy miesiąc niesie informację o zmianie cen na rynku budowlanym w stosunku do analogicznego miesiąca roku poprzedniego. Jednocześnie według § 15A ust. 1 lit. b) wzoru umowy pierwsza zmiana wynagrodzenia może nastąpić nie wcześniej niż po 12 miesiącach, natomiast kolejne zmiany mogą mieć miejsce po upływie kolejnych 12 miesięcy, co oznacza, że Zamawiający przewidział, że ocena podstaw do zmiany wynagrodzenia będzie się odbywać co 12 miesięcy, przy czym wskaźnik określony w § 15A ust. 1 lit. a) wzoru umowy określa „ceny produkcji budowlano – montażowej publikowany przez Prezesa GUS w stosunku do cen z roku poprzedniego”. Jeśli ceny produkcji budowlano-montażowej określone przez Prezesa GUS będą rosły w tempie 18 % rocznie to § 15A wzoru umowy nie znajdzie zastosowania. Równocześnie w zakładanym 36-miesięcznym okresie realizacji robót, przy tempie wzrostu cen 18 % w skali roku, kumulatywnie ceny wzrosną o 64% względem dnia składania ofert, co zostało obliczone jako iloczyn $3 \times 118 \% = 164 \%$. Zdaniem Odwołującego wszystko to prowadzi do wniosku, że wprowadzona klauzula waloryzacyjna jest oderwana od obecnych i przewidywalnych warunków rynkowych i jedynie pozornie przewiduje przywrócenie równowagi ekonomicznej zachwianej wzrostem cen. Odwołujący twierdzi także, że nie można już zakładać dalszych nadzwyczajnych zdarzeń o charakterze makroekonomicznym lub kolejnych czynników ponadnormatywnych jak np. wojna, pandemia lub jej fale, które mogłyby spowodować jeszcze większy niż obecnie wzrost wskaźników.

Odwołujący wskazał też, że klauzula z art. 439 ustawy PZP odnosi się do realiów zawieranych umów, a nie hipotetycznych i niemożliwych do przewidzenia zdarzeń. Klauzule nadzwyczajnych zmian umowy zawiera natomiast art. 455 ust 1 pkt 4 ustawy PZP, który odnosi się do zdarzeń, jakich z należytą starannością Zamawiający nie mógł przewidzieć, w tym zmiany wysokości ceny. Przepis ten różni się od art. 439 ustawy PZP tym, że przewiduje potencjalne i możliwe zmiany przyszłej umowy, a nie obligatoryjne warunki waloryzacji w normalnej sytuacji rynkowej. Zatem klauzule waloryzacyjne nie są tworzone na wypadek hipotetycznych i nadzwyczajnych zdarzeń, ponieważ zmiana ceny w takim przypadku jest możliwa w oparciu o przepis art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP. Wobec tego klauzula waloryzacja tworzona w oparciu o przepis art. 439

ustawy PZP musi być klauzulą realną i znajdującą zastosowanie w toku normalnych zdarzeń. Odwołujący uważa, że skoro przeszłe, jak i obecne prognozy nie odnotowały aż 18 % wskaźnika wzrostu cen, to nie sposób uznać, że wskaźnik ten osiągnie poziom aż 18 % w skali rok do roku. Z tego właśnie względu przyjęty przez Zamawiającego we wzorze umowy poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, który uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, nie prowadzi do przywrócenia równowagi ekonomicznej stron, ma charakter całkowicie pozorny i nieprawdopodobny do zastosowania w praktyce, a tym samym nie wypełnia dyspozycji art. 439 ustawy PZP.

Co prawda w klauzuli zawartej w § 15A pkt 1 lit. b wzoru umowy Zamawiający w sposób dopuszczalny prawem wprowadza moment, od którego będzie waloryzował wynagrodzenie, lecz wprowadzenie kolejnych okresów 12-miesięcznych liczonych do kolejnej waloryzacji jest według Odwołującego terminem zbyt odległym i powodującym trudności w przeprowadzeniu realnej i skutecznej waloryzacji. Istnieje bowiem ryzyko, że przy wieloletniej umowie ostatnie miesiące obowiązywania umowy ze względu na nieosiągnięcie łącznej liczby 12 miesięcy nie zostaną zwaloryzowane. Odwołujący zaznaczył, że w większości przypadków oraz w opublikowanych na stronie internetowej Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa w dniu 30 listopada 2022 r. przykładowych klauzulach waloryzacyjnych waloryzacja po upływie początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia powinna być dokonywana na bieżąco, w ujęciu miesiąc do miesiąca. Odwołujący uważa przy tym, że rekomendacje takie stanowią zbiór doświadczeń różnych podmiotów działających w sektorze zamówień, w tym dużych zamawiających jak GDDKiA czy PKP PLK S.A., wobec czego można przyjąć, że stosowanie czasookresów miesiąc do miesiąca jest pewnym powtarzalnym i praktykowanym obecnie zwyczajem.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania, albowiem nie została spełniona żadna z negatywnych przesłanek wynikających z art. 528 ustawy PZP, która nakazywałaby odrzucenie odwołania i w konsekwencji uniemożliwiałaby jego merytoryczne rozpoznanie przez Izbę. W szczególności nie można zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego zawartymi w jego

piśmie z dnia 8 grudnia 2022 r., iż jego czynność z dnia 23 listopada 2022 r., którą zaskarżył odwołaniem wykonawca STRABAG, nie jest nową czynnością w postępowaniu, tylko czynnością podjętą w ramach poprzednio prowadzonego postępowania odwoławczego z odwołania tego samego Odwołującego w sprawie o sygn. KIO 3005/22, którą tenże Odwołujący wówczas zaakceptował, ponieważ po jej dokonaniu przez Zamawiającego wycofał swoje odwołanie. Na uznanie nie zasługuje też argumentacja i twierdzenia Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie. W tym drugim piśmie Zamawiający podniósł, że obecny zapis § 15A wzoru umowy był już objęty prawomocnym orzeczeniem Izby w sprawie KIO 3005/22 oraz że zachodzi powaga rzeczy osądzonej w myśl art. 366 k.p.c., wobec czego Odwołujący nie może teraz odwoływać się od czynności podjętych przez Zamawiającego w ramach postępowania w sprawie KIO 3005/22. Zdaniem Izby argumentacja Zamawiającego nie może zasługiwać na uwzględnienie. Należy zauważyć, że odwołanie w sprawie o sygn. KIO 3005/22 zostało wniesione przez wykonawcę STRABAG w dniu 14 listopada 2022 r., czyli logicznie rzecz ujmując nie mogło ono dotyczyć czynności podjętych przez Zamawiającego po tej dacie. Niewątpliwym jest, że Zamawiający dokonując w dniu 23 listopada 2022 r. zmiany treści SWZ podjął nową czynność w postępowaniu przetargowym, wobec której wykonawcy mogli wnosić od nowa środki ochrony prawnej w terminie wynikającym z art. 515 ust. 2 ustawy PZP. Jednocześnie Zamawiający składając wniosek o odrzuceniu odwołania w niniejszej sprawie nie sprecyzował, która jego zdaniem przesłanka z art. 528 ustawy PZP miałyby znaleźć zastosowanie. W szczególności w ocenie Izby nie mogło chodzić o przesłanki z pkt 3, 4 i 5 tego artykułu. Odwołanie wobec nowej czynności Zamawiającego zostało wniesione w ustawowym terminie, Odwołujący nie powołuje się teraz na te same okoliczności, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia Izby w sprawie o sygn. KIO 3005/22, natomiast w zakresie wprowadzenia w dniu 23 listopada 2022 r. regulacji § 15A wzoru umowy do dokumentacji zamówienia czynność Zamawiającego nie została wówczas wykonana zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu Odwołującego. Gdyby tak było, to wykonawca STRABAG nie złożyłby kolejnego odwołania w postępowaniu przetargowym. Natomiast powoływanie się przez Zamawiającego na regulację art. 366 k.p.c. nie może zostać uwzględnione, ponieważ ustawa PZP zawiera autonomiczną regulację proceduralną kształtującą zasady postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, zaś samo postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą – choć w swej istocie polega na rozstrzygnięciu sporów cywilnych (gospodarczych) – nie jest postępowaniem sądowym, do którego zastosowanie mogłyby znaleźć przepisy Kodeksu postępowania cywilnego.

Izba stwierdziła również, że wypełnione zostały wskazane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony oraz uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w jego piśmie z dnia 8 grudnia 2022 r. oraz odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 grudnia 2022 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z akt sprawy odwoławczej oraz dokumentów stanowiących załączniki do pism stron oraz dokumentów złożonych przez obie strony na rozprawie w postaci wyciągów z czterech umów przygotowanych przez innych zamawiających, tj. Dolnośląskie Centrum Onkologii, Pulmonologii i Hematologii we Wrocławiu, Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Prof. Adama Grucy w Otwocku oraz Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Kardynała Wyszyńskiego SPZOZ w Lublinie (dwie umowy), które zawierały przykłady poprawnie sformułowanych, według opinii wykonawcy STRABAG, klauzul waloryzacyjnych, a także dwóch dokumentów stanowiących wyliczenia własne Zamawiającego.

Jednocześnie Izba uznała wiarygodność i moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający – Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „budowę budynku Kliniki Chorób Zakaźnych i Hepatologii oraz Kliniki Chorób Zakaźnych i Neuroinfekcji”. Numer referencyjny tego zamówienia to 107/2022.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 listopada 2022 r. pod nr 2022/S 213-609442.

W dniu 23 listopada 2022 r. Zamawiający zmienił treść SWZ wprowadzając m. in. § 15A do Projektowanych postanowień umownych zatytułowany „Zmiana wynagrodzenia w sytuacji zmian cen materiałów lub kosztów” o następującej treści:

1. W przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, Strony przewidują możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, na jego wniosek, zgodnie z poniższymi zasadami:

a) jeżeli wartość ceny materiałów lub kosztów zmieniała się o minimum 18% biorąc pod uwagę wskaźnik cen produkcji budowlano – montażowych publikowany przez Prezesa GUS w stosunku do cen z roku poprzedniego, dokona się zmiany wartości wynagrodzenia Wykonawcy o wielkość procentową, obliczoną jako różnica wysokości wskaźnika GUS z dnia wniosku o zmianę wynagrodzenia, a minimalnego wskaźnika GUS, od którego Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wynagrodzenia.

Przykładowe wyliczenie zmiany wartości wynagrodzenia Wykonawcy:

- wskaźnik GUS z dnia wniosku o zmianę wynagrodzenia: 25%

- wskaźnik GUS od którego Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wynagrodzenia:
18%

- wielkość procentowa zmiany wartości wynagrodzenia Wykonawcy:

$25\% - 18\% = 7\%$.

- b) pierwsza zmiana wynagrodzenia może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy. Następne zmiany mogą mieć miejsce po upływie odpowiednio kolejnych 12 miesięcy;
 - c) jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert;
 - d) zmiana wartości wynagrodzenia dotyczyć będzie jedynie prac zrealizowanych po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy bądź poprzedniej zmiany;
 - e) maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia spowodowanego zmianą ceny materiałów lub kosztów wynosi 20 % wartości wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 3 ust. 1 niniejszej umowy.
2. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1 zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcom, lub dalszym podwykonawcom, z którymi zawarł umowy, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, jeśli łącznie spełnione są następujące warunki:
- a) przedmiotem umowy z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą są roboty budowlane lub usługi,
 - b) okres obowiązywania umowy przekracza 12 miesięcy.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

W ocenie Izby odwołanie wykonawcy STRABAG jako niezasadne podlega oddaleniu.

Zgodnie z regulacją art. 559 ust. 2 ustawy PZP uzasadnienie orzeczenia Izby zawiera wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.

Art. 439 ust. 1 ustawy PZP stanowi, że umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Zgodnie z art. 439 ust. 2 ustawy PZP w umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Art. 58 § 1 k.c. stwierdza, że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

Według zaś art. 58 § 2 k.c. nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

Zgodnie z art. 5 k.c. nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Natomiast art. 8 ust. 1 ustawy PZP zawiera odesłanie do stosowania przepisów Kodeksu cywilnego stwierdzając, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy PZP nie stanowią inaczej.

Przepisy dotyczące waloryzacji wynagrodzenia umownego w zamówieniach publicznych zostały wprowadzone do polskiego porządku prawnego na mocy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.). Art. 439 ustawy PZP statuuje obowiązek zamieszczenia w umowach, których przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartych na okres dłuższy niż okres 6 miesięcy, postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Ponadto przepis ten zawiera obligatoryjne elementy postanowień waloryzacyjnych. Jak wynika z uzasadnienia rządowego projektu ustawy Prawo zamówień publicznych (Druk sejmowy nr 3624 z dnia 12 lipca 2019 r.) wymienione w art. 439 ust. 2 ustawy PZP obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej mają pomóc zamawiającym przy konstruowaniu skutecznych i jasnych postanowień umownych. Zamawiający wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę ma pozostawioną swobodę określenia jej elementów, mając na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahaniom), dostępność wiarygodnych i aktualizowanych podstaw ustalenia zmiany ceny (np. odpowiednie wskaźniki Prezesa GUS) czy planowane możliwości finansowe zamawiającego co do przewidywanych zmian wynagrodzenia. Jak zostało wyjaśnione w Druku sejmowym nr 3624 celem wprowadzenia regulacji art. 439 ustawy PZP do polskiego prawa zamówień publicznych było umożliwienie stronom umowy reagowanie na zmianę warunków gospodarczych. Chodzi po prostu o umożliwienie przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej stron umowy zachwianej określonymi zdarzeniami, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji. W ramach obowiązku wprowadzenia postanowień waloryzacyjnych poszczególni zamawiający mają swobodę, przy poszanowaniu ustawowych zasad określających relacje między stronami, w ukształtowaniu klauzuli waloryzacyjnej uwzględniającej specyfikę danego zamówienia. W literaturze prawa zamówień publicznych podnosi się, że ustawa PZP nie precyzuje treści tego rodzaju klauzuli waloryzacyjnej, lecz jedynie opisuje metodologię jej skonstruowania przez zamawiającego. Na podstawie art. 439 ustawy PZP możliwe jest powołanie do życia bardzo zróżnicowanych mechanizmów waloryzacyjnych, dostosowanych tym samym do potrzeb realizacji danego zamówienia w określonych unikalnych warunkach otoczenia gospodarczego, w którym będzie realizowane. Klauzule te muszą być jednakże oparte na mechanizmie zmiany cen materiałów lub kosztów [zob. W. Dzierżanowski i in. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, WKP 2021, komentarz do art. 439 ustawy PZP, teza 1].

Krajowa Izba Odwoławcza porównując zapisy SWZ (§ 15A wzoru umowy) dotyczące sposobu waloryzacji wynagrodzenia umownego, które zostały wprowadzone przez Zamawiającego w dniu 23 listopada 2022 r., ze wzorcem ustawowym nie stwierdziła, aby były one niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa przywołanymi w początkowej części odwołania. Klauzula waloryzacyjna określona przez Zamawiającego zawiera wszystkie niezbędne elementy opisane w art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP. Z uzasadnienia odwołania w sposób jednoznaczny wynika, iż naruszenia przepisów prawa przez Zamawiającego Odwołujący upatruje w dwóch rzeczach: po pierwsze w ogólnym ustaleniu poziomu zmiany cen materiałów i kosztów warunkującego uruchomienie klauzuli waloryzacyjnej na poziomie 18 %, a po drugie w dokonywaniu waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w odstępach rocznych a nie miesięcznych. Zważywszy na aktualną sytuację gospodarczą w Polsce, a w szczególności najwyższą od 30 lat inflację, Zamawiający jako gospodarz postępowania skalkulował pułap zmiany cen materiałów i kosztów, który będzie uprawniał wykonawcę do domagania się waloryzacji jego wynagrodzenia, na poziomie 18 %, co w ocenie Izby jest założeniem racjonalnym i obiektywnie uzasadnionym. Zamawiający przyjął przy tym jeden z zalecanych przez ustawodawcę mierników przyszłej waloryzacji w postaci wskaźników ogłaszanych cyklicznie w komunikatach Prezesa GUS. Nie znajduje aprobaty Izby argumentacja wykonawcy STRABAG o pozorności klauzuli waloryzacyjnej i jej oderwaniu nie tylko od obecnych, ale i od prognozowanych warunków rynkowych. Wbrew twierdzeniom tego wykonawcy Zamawiający bazując na własnym doświadczeniu i ocenie makrootoczenia słusznie czynił założenia co do średniorocznego wzrostu cen towarów i usług w wysokości 18 %, a także że ceny w sektorze budownictwa dalej będą utrzymywać się na wysokim poziomie, a nawet będą jeszcze bardziej rosnąć. W ocenie Izby w obecnej sytuacji geopolitycznej można też czynić trafne prognozy co do dalszego rozwoju i długotrwałości konfliktu zbrojnego na Ukrainie, który negatywnie wpływa nie tylko na bliskie rynki lokalne, ale globalnie na różne sektory gospodarki. Wobec doniesień na temat bardzo szybko wzrastającej skali zachorowań w związku z kolejną mutacją koronawirusa nie tylko w Polsce, ale np. w Chińskiej Republice Ludowej, nie można również powiedzieć, że społeczność międzynarodowa poradziła już sobie z tą epidemią i że nie dojdzie do kolejnych tzw. lockdown'ów. W tych okolicznościach to wykonawcy uczestniczący w przetargach powinni tak skalkulować swoje oferty, aby uwzględniały one wszelkie ryzyka, w tym ryzyka związane ze zwiększonymi kosztami działalności gospodarczej wynikającymi ze wzrostu cen towarów i usług. Należy zakładać, że wykonawcy są profesjonalistami w swojej dziedzinie i posiadają nie tylko rozległą wiedzę na temat zjawisk ekonomicznych i procesów gospodarczych w swojej branży, ale ogólnie na temat możliwych kierunków zmian procesów funkcjonujących w

gospodarce rynkowej, dzięki czemu są w stanie właściwie zidentyfikować ryzyka gospodarcze, skalkulować różne koszty realizacji zamówienia i następnie złożyć w przetargu konkurencyjną ofertę z odpowiednią ceną. Można też wymagać od przedsiębiorców startujących w przetargach, że kalkulując wysokość swojego wynagrodzenia uwzględniają możliwość wystąpienia czynników wpływających na rozmiar kosztów, wydatków i prac koniecznych do wykonania zamówienia. Nie bez znaczenia jest również to, że w art. 439 ustawy PZP ustawodawca nie narzucił publicznym inwestorom jaka powinna być dopuszczalna wysokość zmiany wynagrodzenia. Zamawiający nie mają obowiązku rekompensowania przedsiębiorcom 100 % zmian kosztów realizacji inwestycji z powodu wzrostu cen materiałów budowlanych lub surowców. Wobec tego to sami wykonawcy powinni uwzględniać w swoich ofertach przewidywany wzrost czynników cenotwórczych i na tej podstawie kalkulować swoje wynagrodzenie. Izba podziela przy tym pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 31 marca 2022 r. w sprawie o sygn. XXIII Zs 12/22, w którym Sąd stwierdził, że dopuszczenie w ustawie PZP waloryzacji kosztów wynagrodzenia nie może prowadzić do zmniejszenia ryzyka związanego z niedoszacowaniem oferty przez wykonawcę, ani do wzbogacenia się wykonawcy, czyli do wzrostu jego wynagrodzenia. Wykonawca winien bowiem wziąć na siebie część ryzyka związanego z wzrostem wynagrodzeń i w konsekwencji prawidłowo skalkulować ofertę. Należy podkreślić, iż rolą waloryzacji umownej wskazanej w art. 439 ustawy PZP jest urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów, nie zaś całkowite wyeliminowanie ryzyka kontraktowego.

Wobec powyższego nie można stawiać Zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 439 ust. 1 i 2 ustawy PZP, jeśli Zamawiający redagując postanowienie umowne przewidujące waloryzację wynagrodzenia umownego w pełni zastosował się do wzorca normatywnego, uwzględniając przy tym własne potrzeby i specyfikę zamówienia. Podkreślić należy, że nawet ustalenie wskaźnika waloryzacji na niskim poziomie, który może zapewnić wykonawcy zysk na niewielkim poziomie, nie zwalnia wykonawców z właściwego kalkulowania ceny swojej oferty. Nie można też pomijać tego, że z mocy samej ustawy PZP wykonawcy mają zapewnioną waloryzację wynagrodzenia w art. 436 pkt 4 lit. b ustawy PZP.

Izba nie stwierdziła też naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego, tj. art. 5 k.c. i art. 58 § 1 i § 2 k.c. Normy Kodeksu cywilnego znajdują zastosowanie w prawie zamówień publicznych dzięki odesłaniu z art. 8 ust. 1 ustawy PZP. Wskazane powyżej przepisy k.c. zostały unormowane w jego Części ogólnej. W praktyce znajdują one zastosowanie dopiero wtedy, gdy na podstawie innych bardziej szczegółowych norm prawnych uprawniony nie może uzyskać ochrony prawnej

dla swoich praw, dóbr lub interesów. W niniejszej sprawie, oprócz art. 439 ust. 1 i 2 ustawy PZP, Odwołujący nie wskazał na żadne szczególne przepisy prawa cywilnego, z którymi czynności Zamawiającego mogłyby być niezgodne, tylko do razu dla wykazania swoich racji odwołał się do klauzul generalnych z art. 5 k.c. i art. 58 § 1 i § 2 k.c. Jednocześnie Odwołujący nie wyjaśnił, w jaki konkretnie sposób Zamawiający miałby nadużyć swojego prawa, obchodzić przepisy prawa lub które konkretnie zasady współżycia społecznego i w jaki sposób miałby naruszyć. Samo ciągłe powtarzanie przez Odwołującego o pozorności przyjętej klauzuli waloryzacyjnej czy jego niezadowolenie z wysokości ustalonego progu waloryzacji umownej i jej częstotliwości nie może świadczyć o uchybieniach w czynnościach Zamawiającego.

Mając powyższe na względzie Izba nie stwierdziła naruszenia art. 5 k.c. i art. 58 § 1 i § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP przez Zamawiającego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczególnych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Z uwagi na oddalenie odwołania Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrot kosztów postępowania odwoławczego związanych z wydatkiem Zamawiającego poniesionym na wynagrodzenie jego pełnomocnika, tj. kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: